

DA PRINCIOLOGIA PENAL AO DIREITO À INTIMIDADE COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

*Rogério Greco**

*Romulo Rhemo Palitot Braga***

RESUMO: O presente texto apresentará, inicialmente, uma reflexão sobre a importância do Direito Penal e seus princípios, sejam eles expressos ou implícitos, positivados ou não, devendo ser entendidos como informadores de todo o ordenamento jurídico, com a capacidade de aferir a validade das normas infraconstitucionais, ocupando, assim, uma posição hierárquica superior. Serão observados, também, as relações entre o Direito Penal e o reconhecimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente quanto ao direito à intimidade.

Palavras-chave: Principiologia Penal. Dignidade da pessoa humana. Direito à intimidade.

Abstract: The current text initially presents a reflection on the importance of Penal Law and its principles, whether they are expressed or implicit, be they positivized or not. They should be understood as informers of all the juridical order with the capacity to ascertain the validity of infra-constitutional class rules, and therefore occupying a hierarchically superior place. The relations between Penal Law and the

*Mestre em Ciências Penais pela UFMG; Doutor pela Universidade de Burgos (Espanha); Especialista em Teoria do Delito pela Universidad de Salamanca (Espanha); Professor de Direito Penal; Membro fundador do Instituto de Ciências Penais (ICP) e da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais; Procurador de Justiça –MG.

** Mestre e Doutor em Direito Penal pela Universitat de València, Espanha; Professor Titular de Direito Penal do Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ; Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB); Diretor Regional Adjunto (PB/RN) do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM; Advogado.

recognition of the principle of human dignity, especially regarding the right to intimacy, will also be considered.

Key words: Criminal principology. Dignity of the human person. Right to intimacy.

1 Principiologia do Direito Penal

O Direito Penal não é simplesmente um conjunto de normas estáticas ordenadas esteticamente, mas sim faz parte de um sistema complexo e dinâmico ao cumprir funções concretas dentro da relação social.

No entendimento de Mig Puig, o Direito Penal consiste numa forma de controle social o suficientemente importante para que, por uma parte, tenha sido monopolizado pelo Estado e, por outra, constitua uma das parcelas fundamentais do poder estatal, que desde a Revolução Francesa se considera necessário delimitar com a máxima claridade possível como garantia do cidadão¹.

O Direito Penal é a última *ratio* do ordenamento jurídico de um Estado, constituindo-se no instrumento detentor de maior poder para realizar os objetivos postos e exigidos pela comunidade política².

Apesar da mais variadas discussões, podemos considerar o século XVIII como um marco fundamental para o Direito Penal. Antes disso, o Direito Penal viveu um de seus piores momentos, um período considerado como de escuridão. Com a chegada do século XVIII, com a prevalência da razão, surgiu um novo Século, considerado, agora,

¹ MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**. Parte General. Barcelona: Reppertor. 1996, p. 5.

² Nesse sentido: BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. Considerações e reflexões sobre direito penal e política criminal. In: **Revista da Ajuris – Revista da Associação dos Juízes Federais do Rio Grande do Sul**. Ano XXXI. Nº 96. Porto Alegre. Dezembro de 2004. P. 316; JAVIER MIRA. Javier. Función del derecho penal y forma de Estado. In: **Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz**. Vol. II. Institut de Criminologia. Universitat de València. València. 1997, p 393/417.

como Século da Luzes. A partir desta época, o Direito Penal passa a ser considerado como um verdadeiro instrumento de defesa dos valores fundamentais da comunidade e sua utilização só deverá ser empregada em ataques consideravelmente graves a estes valores, em forma limitada e controlada pelo “império da lei”³.

Como bem observa o professor espanhol Borja Jiménez⁴, até a chegada do iluminismo a lei penal foi utilizada brutalmente como mecanismo de opressão e submissão de seus vassalos por parte do senhor feudal. Por outro lado, os interesses políticos e religiosos da igreja utilizaram o Direito Penal como instrumento apto de realização de certos fins até certo ponto em que grande parte da conotação pejorativa da ciência criminal procedesse deste período turbo e cinzento.

Vários defensores, durante o período iluminista, se levantaram contra a crueldade do Direito Penal, podendo-se destacar as de Montesquieu, Rousseau, Kant, Hegel, Beccaria⁵, enfim, foram vários os pensadores que, na Europa, participaram de um movimento que tinha por finalidade proporcionar mudanças radicais nesse ramo do ordenamento jurídico.

Inúmeras teorias e princípios, até hoje aplicados, surgiram durante esse período. A Revolução Francesa de 1789 foi um dos marcos históricos mais importantes para a nossa disciplina. A declaração dos direitos do homem e do cidadão está repleta de princípios de natureza universal, que devem ser aplicados a todo ser humano, independentemente de sua origem, raça, sexo, cor, nacionalidade etc.

³ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**. Parte general. Valencia: Tirant lo Blanch. 2004. p. 71.

⁴ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. **Curso de política criminal**. Valência: Tirant lo Blanch. 2003.

⁵ Segundo Borja Jiménez, a influência doutrinal surgirá com a obra de Marques de Beccaria, estabelecendo assim, as primeiras bases para a construção de um novo Direito criminal humanitário. Cfr.: BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. La concepción político-criminal de la Constitución española. In: **Presente y Futuro de la Constitución Española**. Facultad de Derecho de la Universitat de València. Valencia: Tirant lo Blanch. 2005, p. 135/151.

Muitos foram os princípios de natureza penal que tiveram origem no período iluminista, princípios estes que servem de alicerce, ou seja, são considerados como fundamento de toda a construção legislativa.

2 Conceito e o caráter normativo dos princípios

É possível destacar que a característica fundamental do poder punitivo do Estado é que emana de uma Constituição, própria do Estado social e democrático do Direito, outorgando e limitando sua extensão, submetendo-lhes aos princípios que são inspiradores ao serviço da liberdade, da igualdade, da justiça e do pluralismo político⁶.

A palavra “princípio”, no singular, indica o início, a origem, o começo, a causa primária. Podemos visualizar e apontar os princípios como orientadores de todo o sistema normativo, sejam eles positivados ou não. Dissemos positivados ou não porque os princípios podem estar previstos expressamente em textos normativos, a exemplo do que ocorre com o princípio da legalidade (CF, art. 5º, XXXIX), ou outros que, embora não positivados, são de observância obrigatória, razão pela qual são denominados *princípios gerais do Direito*⁷.

Sejam os princípios expressos ou implícitos, positivados ou não, entende-se, contemporaneamente, o seu caráter normativo. São concebidos como normas com alto nível de generalidade e informadores de todo o ordenamento jurídico.

Importante destacar, segundo Ana Paula de Barcellos, os sete critérios mais utilizados pela doutrina para que se leve a efeito a distinção entre os princípios e as regras, a saber:

⁶ CABONELL MATEU, Juan Carlos. **Derecho penal: concepto y principios constitucionales**. Valência: Tirant lo Blanch. 1999, p. 106/107.

⁷ Conforme esclarece Olga Sánchez “os princípios gerais do direito permitem, sendo fiel a lei, construir valorativamente sua aplicação. No momento da interpretação jurídica as normas são reconduzidas aos princípios buscando sua conformidade com o conjunto de valores materiais reconhecidos no ordenamento jurídico, seja texto constitucional ou na regulamentação concreta das distintas instituições jurídicas”. In: MARTÍNEZ, Olga Sánchez. **Los principios del derecho y la dogmática penal**. Madrid: Dykinson. 2004, p. 46.

- (a) *O conteúdo.* Os princípios estão mais próximos da ideia de valor e de direito. Eles formam uma exigência da justiça, da equidade ou da moralidade, ao passo que as regras têm um conteúdo diversificado e não necessariamente moral. Ainda no que diz respeito ao conteúdo, Rodolfo L. Vigo chega a identificar determinados princípios, que denomina de “fortes”, com os direitos humanos.
- (b) *Origem e validade.* A validade dos princípios decorre de seu próprio conteúdo, ao passo que as regras derivam de outras regras ou dos princípios. Assim, é possível identificar o momento e a forma como determinada regra tornou-se norma jurídica, perquirição essa que será inútil no que diz respeito aos princípios.
- (c) *Compromisso histórico.* Os princípios são para muitos (ainda que não todos), em maior ou menor medida, universais, absolutos, objetivos e permanentes, ao passo que as regras caracterizam-se de forma bastante evidente pela contingência e relatividade de seus conteúdos, dependendo do tempo e lugar.
- (d) *Função no ordenamento.* Os princípios têm uma função explicadora e justificadora em relação às regras. Ao modo dos axiomas e leis científicas, os princípios sintetizam uma grande quantidade de informação de um setor ou de todo o ordenamento jurídico, conferindo-lhe unidade e ordenação.
- (e) *Estrutura linguística.* Os princípios são mais abstratos que as regras, em geral não descrevem as condições necessárias para sua aplicação e, por isso mesmo, aplicam-se a um número indeterminado de situações. Em relação a regras, diferentemente, é possível identificar, com maior ou menor trabalho, suas hipóteses de aplicação.
- (f) *Esforço interpretativo exigido.* Os princípios exigem uma atividade argumentativa muito mais intensa, não apenas para precisar seu sentido, como também para inferir a solução que ele propõe para o caso, ao passo que as regras demandam

apenas uma aplicabilidade, na expressão de Josef Essé, “burocrática e técnica”.

- (g) *Aplicação*. As regras têm estrutura biunívoca, aplicando-se de acordo com o modelo do “tudo ou nada”, popularizado por Ronaldo Dworkin. Isto é, dado seu substrato fático típico, as regras só admitem duas espécies de situação: ou são válidas e se aplicam ou não se aplicam por inválidas. Não são admitidas gradações. Como registra Robert Alexy, ao contrário das regras, os princípios determinam que algo seja realizado na maior medida possível, admitindo uma aplicação mais ou menos ampla de acordo com as possibilidades físicas e jurídicas existentes⁸.

Marcello Ciotola, apontando a polêmica confusão que se faz entre norma e princípio ou, ainda, entre regra e princípio, preleciona, citando Robert Alexy:

Robert Alexy observa que, embora a distinção entre regras e princípios não seja nova, impera a respeito confusão e polêmica. Além do mais, a contraposição que frequentemente se faz é entre norma e princípio, e não entre regra e princípio. Questionando esta postura, afirma que regras e princípios são espécies do gênero norma jurídica:

*“Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas”*⁹.

⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2002, p. 47-51.

⁹ CIOTOLA, Marcello. **Princípios gerais de direito e princípios constitucionais**: Os princípios da constituição de 1988, p. 46.

O princípio é juridicamente uma norma, possuidor de conteúdo abrangente, servindo de instrumento para a integração, interpretação, conhecimento e aplicação do direito positivo¹⁰.

Merece destaque, ainda, a evolução relativa às fases pelas quais passou a juridicidade dos princípios. Inicialmente, os princípios possuíam caráter *jusnaturalista*, seguindo-se a ela a fase *positivista*, para, então, modernamente, atribuir-se-lhes uma visão pós-positivista.

Disserta Paulo Bonavides que, na fase *jusnaturalista*,

os princípios habitam ainda a esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça¹¹.

Na segunda fase, considerada positivista, os princípios deveriam ser extraídos do sistema de normas posto em determinado ordenamento jurídico, servindo-lhe como fonte normativa subsidiária ou, na expressão de Gordilho Cañas, citado por Paulo Bonavides, como “válvula de segurança”, que “garante o reinado absoluto da lei”¹².

Na fase pós-positivista, as Constituições, seguindo as lições de Paulo Bonavides, “acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”¹³.

Os princípios, portanto, passam, nesta última fase, a exercer a primazia sobre todo o ordenamento jurídico, limitando, por meio dos valores por eles selecionados, a atividade legislativa, somente

¹⁰ Neste sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010; SILVA, José Afonso da, **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros. 1992.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros. 1998, p. 232.

¹² *Ibidem*, p. 234.

¹³ *Ibidem*, p. 237.

permitindo, no caso específico do Direito Penal, por exemplo, a criação normativa que não lhes seja ofensiva.

Em decorrência desse raciocínio, entendemos que os princípios, dado o seu caráter de norma superior às demais existentes no ordenamento jurídico, servem de garantia a todos os cidadãos, em um Estado Constitucional e Democrático de Direito, contra as tentativas do próprio Estado em se arvorar em “senhor onipotente”. Os princípios são, portanto, o escudo protetor de todo cidadão contra os ataques do Estado. Todas as normas lhe devem obediência, sob pena de serem declaradas inválidas.

Assim, concluindo, contemporaneamente, os princípios, em uma escala hierárquica, ocupam o lugar de maior destaque e importância, refletindo, obrigatoriamente, sobre todo o ordenamento jurídico.

3 O princípio da dignidade da pessoa humana

Apontar a origem da dignidade da pessoa humana como um valor a ser respeitado por todos, não é tarefa das mais fáceis. No entanto, analisando a história, podemos dizer que uma de suas raízes mais fortes encontra-se no cristianismo. A ideia, por exemplo, de igualdade e respeito entre os homens, fossem eles livres ou escravos, demonstra que o verdadeiro cristianismo, aquele personificado na pessoa de Jesus, pode ser um dos alicerces desse complexo edifício da dignidade da pessoa humana.

Dando um salto nos séculos, chegaremos ao período iluminista, ao século das luzes, onde a razão acendeu uma fogueira, colocando luz à escuridão existente até àquele momento. Os séculos XVII e XVIII foram de fundamental importância não somente ao efetivo reconhecimento como para a consolidação da dignidade da pessoa humana como um valor a ser respeitado por todos.

No entanto, mesmo reconhecendo a sua existência, conceituar *dignidade da pessoa humana* continua a ser um enorme desafio. Isto porque tal conceito encontra-se no rol daqueles considerados como *vagos e imprecisos*. É um conceito, na verdade, que, desde a sua

origem, encontra-se em um processo de construção. Não podemos, de modo algum, edificar um muro com a finalidade de dar contornos precisos a ele, justamente por ser um conceito aberto.

Em muitas situações, somente a análise do caso concreto é que nos permitirá saber se houve ou não efetiva violação da dignidade da pessoa humana. Não se pode desprezar, ainda, para efeitos de reconhecimento desse conceito, a diversidade histórico-cultural que reina entre os povos¹⁴. Assim, aquilo que numa determinada cultura pode ser concebido como uma gritante violação dos direitos à dignidade do ser humano, em outra pode ser reconhecido como uma conduta honrosa.

Até o mais vil, o homem mais detestável, o criminoso mais frio e cruel é portador desse valor. Podemos adotar o conceito proposto por Ingo Wolfgang Sarlet, que procurou condensar alguns dos pensamentos mais utilizados para definição do conceito de dignidade da pessoa humana, dizendo ser:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos¹⁵.

A dignidade da pessoa humana, nas palavras de Paulo Bonavides, deixou de ser exclusivamente manifestação conceitual daquele direito natural metapositivo cuja essência se buscava ora na

¹⁴ Sobre diversidade cultural: BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. **Diversidad Cultural: conflicto y derecho**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

razão divina ora na razão humana, consoante professavam em suas lições de teologia e filosofia os pensadores dos períodos clássico e medievo, para se converter, de último, numa proposição autônoma, do mais subido teor axiológico, irremissivelmente presa à concretização constitucional dos direitos fundamentais¹⁶.

Embora de difícil tradução, podemos nos esforçar para tentar construir um conceito de dignidade da pessoa, entendida essa como uma qualidade que integra a própria condição humana, sendo, em muitas situações, considerado, ainda, como irrenunciável e inalienável. É algo inerente ao ser humano, um valor que não pode ser suprimido, em virtude da sua própria natureza.

3.1 A concepção normativa da dignidade da pessoa humana

Uma vez reconhecida a dignidade da pessoa como um valor inerente de todo ser humano, foi um passo importante a sua corporificação normativa.

O século XX, principalmente após as atrocidades cometidas pelo nazismo¹⁷, presenciou o crescimento do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como sua formalização nos textos das constituições, principalmente as democráticas.

O princípio da dignidade da pessoa humana serve como princípio reitor de muitos outros, tal como ocorre com o princípio da individualização da pena, da responsabilidade pessoal, da culpabilidade, da proporcionalidade etc., que nele buscam seu fundamento de validade.

As constituições modernas adotam, expressamente, o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo um dos fundamentos da

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 231.

¹⁷ Os registros históricos demonstram acentuado autoritarismo, como exemplo a “Escola de Kiel”. Vives Antón y Cobo del Rosal, citando Quintano Ripolles, denomina os seguidores desta “Escola” de “*los juristas nazis*”. Cfr.: VIVES ANTÓN, Tomás; COBO DEL ROSAL, Manuel. **Derecho penal: parte general**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 324.

República Federativa do Brasil, conforme determina nossa Carta Política de 5 de outubro de 1988, em seu art. 1º, III¹⁸.

Percebe-se, portanto, a preocupação do legislador constituinte em conceder um *status* normativo ao princípio da dignidade da pessoa humana, entendendo-o como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Como princípio constitucional, a dignidade da pessoa humana deverá ser entendida como norma de hierarquia superior, destinada a orientar todo o sistema no que diz respeito à criação legislativa, bem como para aferir a validade das normas que lhe são inferiores. Assim, por exemplo, o legislador infraconstitucional estaria proibido de criar tipos penais incriminadores que atentassem contra a dignidade da pessoa humana, ficando proibida a cominação de penas cruéis ou de natureza afiliva, a exemplo dos açoites.

Em nosso país, após lenta evolução, a Constituição Federal, visando proteger os direitos do cidadão, proibiu a cominação de uma série de penas¹⁹, por entender que, todas elas, em sentido amplo, ofendiam a dignidade da pessoa humana, além de fugir, em algumas hipóteses, a sua função preventiva. Sendo assim, o inciso XLVII do art. 5º da Constituição Federal determina expressamente que não haverá penas *a)* de morte, salvo nos casos de guerra declarada, nos termos do seu art. 84, XIX; *b)* de caráter perpétuo; *c)* de trabalhos forçados; *d)* de banimento e *e)* *cruéis*²⁰. Da mesma forma, estaria proibida a

¹⁸ Neste sentido: CARVALHO, Pedro Armando Egydio de. O sistema penal e a dignidade humana. In: **Boletim IBCCRIM**. São Paulo. Nº 70/Ed. esp. Setembro de 1998, p. 02/03.

¹⁹ “É certo, ainda, que o caráter retributivo da pena, como uma forma de exemplo social, não deve ser esquecido. Deve, entretanto, ser mitigado pela necessidade de reintegração social do condenado em respeito à dignidade da pessoa humana e, até porque, não há em nosso país, nos tempos de paz, penas perpétuas ou capitais, do que se infere a certeza do retorno do condenado ao seio social, situação para a qual deve ser preparado da melhor forma possível” (TRF – 3ª – HC 26.552-SP, 5ª T. Rel. Ramza Tartuce, 20 de agosto de 2008).

²⁰ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Parte geral. Niterói: Impetus, 2011, p. 469.

instituição da tortura, como meio de se obter a confissão de um indiciado/ acusado (por maior que fosse a gravidade, em tese, da infração penal praticada).

Assim, podemos afirmar com Lucrecio Rebollo Delgado que, devemos” ter em conta que a dignidade humana constitui não somente a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, senão que entraria também a afirmação positiva de pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo”²¹, devendo ser declarada a invalidade de qualquer dispositivo legal que contrarie esse valor básico, inerente a todo ser humano.

Por outro lado, mesmo que a dignidade da pessoa humana não tivesse sido elevada ao *status* de princípio expresso, ninguém duvidaria da sua qualidade de princípio implícito²², decorrente do próprio Estado Democrático de Direito, capaz, ainda assim, de aferir a validade das normas de nível inferior.

3.2 A relativização do princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana, segundo a doutrina majoritária, não possui caráter absoluto, ou seja, em determinadas situações, devemos, obrigatoriamente, trabalhar com outros princípios que servirão como ferramentas de interpretação, levando-se a efeito a chamada ponderação de bens ou interesses, que resultará na prevalência de um sobre o outro.

A dignidade, como um valor individual de cada ser humano, deverá ser avaliada e ponderada em cada caso concreto. Não devemos nos esquecer, contudo, daquilo que se denomina como sendo um *núcleo essencial* da dignidade da pessoa humana, que jamais poderá ser abalado. Assim, uma coisa é permitir que alguém que praticou uma

²¹ DELGADO, Lucrecio Rebollo. **Derechos fundamentales y protección de datos**. Madrid: Dykinson, 2004, p. 18.

²² Os princípios, mesmo que implícitos, devem portar aplicabilidade normativa plena, prevalecendo, inclusive sobre regras expressas. Cfr.: GUERRA, Gustavo Rabay. **Direito processual constitucional**. Recife: Nossa Livraria. 2005, p. 37.

infração penal, de natureza grave, se veja privado da sua liberdade pelo próprio Estado, encarregado de proteger, em última instância, os bens jurídicos; outra coisa é permitir que esse mesmo condenado a uma privação de liberdade cumpra sua pena em local degradante de sua personalidade; que seja torturado por agentes do governo com a finalidade de arrancar-lhe alguma confissão; que seus parentes sejam impedidos de visitar-lhe; que não tenha uma ocupação ressocializante no cárcere etc. A sua dignidade deverá ser preservada, pois que ao Estado foi permitido somente privar-lhe da liberdade, ficando resguardados, entretanto, os demais direitos que dizem respeito diretamente à sua dignidade como pessoa.

A dignidade, por outro lado, poderá ser ponderada contra os próprios interesses daquele que a possui e que pensa em dela dispor, em uma determinada situação, podendo o Estado agir, ainda que coativamente, a fim de preservá-la, mesmo contra a vontade expressa de seu titular.

No entanto, não é tarefa das mais fáceis se concluir quando estaremos diante de uma ofensa à dignidade da pessoa humana, mesmo contra a vontade expressa daquele a quem se pretende defender, ou quando estaremos, em virtude dessa ponderação de interesses, diante de um direito legítimo da pessoa, mesmo que, segundo a opinião de terceiros, seja ofensivo à sua dignidade.

4 Os direitos da personalidade como integrantes da dignidade da pessoa humana

A personalidade pode ser apontada como decorrência direta do princípio da dignidade da pessoa humana, significando, resumidamente, a capacidade que tem todo ser humano de possuir direitos e de contrair obrigações ou, ainda, conforme as precisas lições de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Conceituam-se os direitos da personalidade como aqueles que têm por objeto os atributos físicos,

psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais. A idéia a nortear a disciplina dos direitos da personalidade é de uma esfera extrapatrimonial do indivíduo, em que o sujeito tem reconhecida tutela pela ordem jurídica uma série indeterminada de valores não redutíveis pecuniariamente, como a vida, a integridade física, a intimidade, a honra, entre outros”²³.

Trata-se, de um direito inerente a todo ser humano.

Existem direitos que nascem com todo ser humano, independentemente de sua origem, raça, sexo, cor, religião, a exemplo do que ocorre com o direito à vida, a liberdade sexual, à integridade física, à honra, à intimidade etc., e que dele não podem ser retirados.

No entanto, não existem direitos absolutos, mesmo os considerados personalíssimos. Cite-se, como exemplo, o direito que todas as pessoas têm à liberdade. Contudo, se o agente vier a praticar um fato passível de uma condenação a uma pena privativa de liberdade, esse seu direito cederá no caso concreto. Assim, somente poderemos considerar como absolutos os direitos à personalidade no sentido de serem oponíveis *erga omnes* e não no que diz respeito à sua intangibilidade.

Embora tenhamos nos posicionado no sentido de que os direitos inerentes à personalidade sejam inatos, isto é, já nascem com todo ser humano e são antecedentes a qualquer disposição normativa, sendo, outrossim, considerados como *direitos naturais*, tal posição não é pacífica.

No sentido oposto à escola *jusnaturalista* dos direitos à personalidade encontra-se a posição entendida como *positivista*, que parte do pressuposto que somente haverá *direito* quando este for reconhecido formalmente pelo Estado, através de seus estatutos legais. Novas situações vão surgindo, novos conflitos irão acontecendo,

²³ GAGLIANO, Pablo Stolze; Pamplona Filho, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Parte geral, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 150.

fazendo com que o legislador desperte para a existência de novos direitos, que podem ser considerados como personalíssimos, fazendo parte, dessa forma, da personalidade do ser humano. É a lei, segundo essa corrente, a encarregada de reconhecer e proteger direitos que foram selecionados através de um critério político, que vai se modificando ao longo dos anos.

Em que pese a força do raciocínio positivista, principalmente no que diz respeito ao reconhecimento de novos direitos da personalidade, que vão surgindo de acordo com a própria evolução da sociedade, existem determinados grupos de direitos que não se pode atribuir a sua existência ao formal reconhecimento da lei, a exemplo, como já o dissemos, do direito à vida, da integridade pessoal, da honra, da intimidade etc.

Os direitos de personalidade possuem determinadas características que lhes são peculiares, que os distinguem dos demais. Além de serem considerados como absolutos, no sentido de serem oponíveis *erga omnes*, os direitos da personalidade gozam das características da: generalidade, extrapatrimonialidade, intransmissibilidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade e vitaliciedade.

Verifica-se que, de acordo com a sua natureza, bem como com as características que lhe são peculiares, os direitos de personalidade fazem parte do rol pertencente à dignidade da pessoa humana.

5 Direito à intimidade como integrante da categoria dos direitos à personalidade

O direito à intimidade configura-se como um dos direitos da personalidade mais sutis e também mais difíceis de ser delimitado ou protegido pelo Direito Penal.

Hoje em dia, não mais se discute que o direito à intimidade faz parte do elenco relativo aos chamados direitos de personalidade que, conseqüentemente, dizem respeito à dignidade da pessoa humana.

No entanto, embora pertencente à categoria dos direitos personalíssimos e gozando, à primeira vista, de todas as características que lhe são inerentes, vale frisar, generalidade, extrapatrimonialidade, intransmissibilidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade e vitaliciedade, conceituar, precisamente, a intimidade não é tarefa das mais fáceis.

Isto porque o conceito de intimidade varia de acordo com os costumes, o lugar, a criação, os valores correspondentes à sociedade na qual o sujeito está inserido, enfim, para se tentar apontar o direito à intimidade e, por outro lado, a sua violação, passível de punição em várias esferas, a exemplo da civil e da penal, todos os detalhes merecerão minuciosa análise.

Veja-se, por exemplo, o que ocorre ainda em muitas tribos indígenas, existentes no Brasil, onde os membros que compõem o grupo têm o costume de andarem completamente nus, desde as crianças até os mais idosos. A nudez, para eles, não é uma questão de intimidade, pois está disponível à visualização de todos. Quem quer que seja, membro ou não, que ingressar naquele grupo, presenciará a nudez de todos.

Todos nós trazemos conosco uma parte de nossa personalidade que não queremos que seja revelada ou, quando revelada a poucas pessoas, não aceitamos a quebra da confiança depositada e repudiamos a sua indevida divulgação.

O direito à intimidade é como se fosse, figurativamente, um recinto, onde a porta somente pode ser aberta por dentro. Qualquer tentativa de ingresso importará em um arrombamento, uma violação indevida, merecedora de punição.

6 O direito fundamental à intimidade como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana e seu fundamento constitucional

Pelo que vimos até agora, podemos afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo ou não previsão constitucional

expressa, servirá como fundamento de todo o sistema normativo. Além disso, tem-se entendido que o princípio da dignidade da pessoa humana é a fonte de onde emanariam os direitos fundamentais.

As constituições mais modernas, a exemplo da brasileira e espanhola, não só preveem expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana, mas também direitos que lhe são decorrentes, como acontece com o direito à intimidade.

Mas o que seria direito à intimidade?

Conceituar direito à intimidade não é tarefa das mais fáceis. É extremamente difícil, na verdade, não somente conceituar o que venha a ser direito à intimidade como também traçar os seus exatos contornos, fazendo uma distinção entre o público e o privado. Segundo Ekmekdjian, intimidade é a faculdade que tem cada pessoa de dispor de uma esfera, âmbito: privativo ou reduto infranqueável da liberdade individual, o qual não pode ser invadido por terceiros, sejam particulares ou o próprio Estado, mediante qualquer tipo de intromissões, as quais podem assumir diversos símbolos²⁴.

Podemos enumerar três teorias que disputam o tratamento do direito à intimidade. A primeira delas, denominada de teoria objetiva, adota a chamada *teoria das esferas*, do direito alemão, onde podemos visualizar, figurativamente, vários círculos concêntricos, sendo que no centro se encontra aquilo que existe de mais íntimo, reservado; ao redor, a intimidade familiar; e, por último, na sua face mais externa, a área destinada à esfera pública. É claro que essa definição não é absoluta, mas sim uma mera representação teórica.

A segunda teoria, reconhecida como *subjetiva*, como a própria denominação está a sugerir, entende que somente a pessoa, e mais ninguém, pode determinar o que é ou não íntimo, ou seja, somente a ela cabe determinar os limites entre o particular e o público.

Modernamente, surgiu a chamada *teoria do mosaico*, como uma necessidade de proteção da intimidade do indivíduo

²⁴ EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. **Tratado Elemental de Derecho Constitucional**. Barcelona: Paidós, 1993.

[...] frente às ameaças que de forma genérica os novos engenhos tecnológicos e em concreto a informática supõem. Foi formulada por Madrid Conesa que entende que a ‘teoria das esferas não é válida, haja vista que hoje os conceitos de público e privado são relativos, pois existem dados que *a priori* são irrelevantes desde o ponto de vista do direito à intimidade, mas que unidos uns com os outros podem servir para configurar uma idéia praticamente completa de qualquer indivíduo, tal como ocorre com as pequenas pedras que formam um mosaico, que em si não dizem nada, mas quando unidas podem formar conjuntos plenos de significado²⁵.

Como se percebe, o próprio conceito de direito à intimidade não tem natureza absoluta, variando de pessoa para pessoa, de sociedade para sociedade, de cultura para cultura, de época etc. Assim, o que pode se constituir em uma violação ao direito à intimidade numa determinada sociedade, já não o será em outra²⁶. Portanto, essa reserva íntima, aquilo que o ser humano quer preservar, que não deseja ser do conhecimento dos demais, terá uma natureza relativa, não se podendo aplicar conceitos genéricos, predeterminados.

Com toda certeza, no entanto, podemos afirmar que cada indivíduo tem sua reserva especial. Em cada ser humano existe um cofre, onde os seus valores mais preciosos estão guardados, protegidos, indisponíveis para o conhecimento dos outros.

²⁵ DELGADO, Lucrecio Rebollo. **Derechos fundamentales y protección de datos**, Op. cit.,38-39.

²⁶ Canotilho cita o seguinte caso: “Um indivíduo, do sexo feminino, candidatase a um emprego numa empresa privada, tendo ficado seleccionado em primeiro lugar, depois dos testes de qualificação e da entrevista. Todavia, antes da realização do contrato, a empresa exigiu-lhe um teste de gravidez, o que ela recusou por se tratar de um atentado ao direito fundamental da intimidade da vida privada e familiar. Cfr: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Coimbra Editora e Revista dos Tribunais. 2008, p. 70.

Assim, embora seja complexa a sua definição e sem a pretensão de exaurir o debate, podemos entender como direito à intimidade aquela porção, inerente ao nosso direito de personalidade, que compete única e exclusivamente a nós e que deve, de acordo com nossa vontade, ser subtraída do conhecimento público²⁷.

7 Direito à intimidade de pessoas públicas

Em algumas situações, a exemplo do que ocorre com as pessoas públicas, o direito à intimidade se vê limitado. A vida pública importa numa certa permissão para que o público em geral conheça mais detalhes sobre aquela pessoa que resolve se expor, através de suas atividades. No entanto, por mais que se reconheça uma limitação do direito à intimidade, essa limitação não importa, como se percebe, em sua total aniquilação. Nas precisas lições de Paulo José da Costa Júnior:

As pessoas notórias podem perder, pelo modo peculiar de vida ou profissão em virtude dos quais se tornaram personalidades de interesse público, numa certa medida, o direito à intimidade. Mas haverão de conservar preservada uma parcela da intimidade, à qual só terão acesso aqueles a quem for consentido nela penetrarem. Uma esfera de intimidade, mesmo reduzida, haverá de assegurar às personalidades notórias, onde possam eximir-se livremente, sem prestar contas a ninguém, abrigadas da curiosidade alheia. Embora seja precisamente esta esfera, que se quer subtrair à curiosidade popular, para deixá-la enclausurada nos muros do lar ou no sacrário da intimidade doméstica, aquela que mais acicata o público em geral. É como que uma vingança do homem medíocre – alguém já proclamou –, que deseja saber como vive e como se comporta na intimidade aquele que atingiu uma grandeza que ele não foi capaz de atingir²⁸.

²⁷ Cfr.: SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 51.

²⁸ COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Agressões à intimidade**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 28.

Não somente a divulgação de fatos inéditos pode atingir o direito de intimidade das pessoas. Muitas vezes, mesmo os fatos já conhecidos publicamente, se reiteradamente divulgados ou se voltarem a ser divulgados, relembrando acontecimentos passados, podem ferir o direito à intimidade. Fala-se, nesses casos, no chamado *direito ao esquecimento*.

8 Disponibilidade do direito à intimidade e consentimento do ofendido

O direito à intimidade só pode ser reconhecido como absoluto no sentido de ser oponível *erga omnes*. Com isso, queremos afirmar que, somente o caso concreto dirá se haverá possibilidade ou não de sua disposição pelo titular desse direito.

Dessa forma, em muitos casos, será possível que o sujeito disponha de sua intimidade, tornando-a pública, ou seja, do conhecimento de todos. Assim, aquela parte que todos nós entendíamos como reservada, a exemplo de nossa liberdade sexual, poderá estar disponível para que todas as pessoas tomem conhecimento. Veja-se o caso de “ator de filmes pornográficos”. Sua intimidade fica completamente à mostra naquelas cenas. No entanto, nesses casos, tem-se entendido que se o titular do direito for pessoa maior e capaz, seu consentimento será válido no sentido de permitir que a sua intimidade seja devassada.

Também não é incomum que alguém permita que um escritor narre a sua biografia, colocando à disposição do público tudo aquilo que considerava como mais reservado.

Portanto, entendemos que, em se tratando de intimidade, esse direito poderá ser considerado como disponível desde que o seu titular seja pessoa maior²⁹, bem como tenha capacidade para consentir (vale dizer, não seja portador de qualquer doença mental que o impeça de conhecer a natureza do comportamento por ele praticado etc.).

²⁹ Entendendo-se por maioridade aquela de natureza civil, a exemplo do que ocorre no Brasil com os maiores de 18 anos.

Qualquer vício de vontade tornará, ainda, inválido o consentimento.

Outra característica que deve ser ressaltada é que o consentimento, por se tratar de direito personalíssimo, poderá ser revogado a qualquer tempo. Não importa que o sujeito tenha consentido inicialmente. Se houver arrependimento, tal consentimento poderá ser revogado. Assim, imagine-se a hipótese onde um escritor havia recebido autorização de uma determinada pessoa para publicar a sua biografia. Para tanto, passaram meses juntos, a fim de que o autor da obra pudesse conhecer todos os detalhes necessários à publicação do livro. Arrependido, e preocupado com a repercussão dos fatos, o sujeito que teria exposta sua biografia impede que o livro seja publicado. Nesse caso, o consentimento é válido no sentido de impedir, efetivamente, a publicação da obra. Contudo, isso não afasta a possibilidade do sujeito, titular do direito à intimidade, ter que indenizar a pessoa que perdeu meses trabalhando, com a finalidade de conseguir algum lucro com a vendagem do livro.

Portanto, será possível o consentimento do titular do direito para que a sua intimidade seja exposta ao público, podendo, no entanto, arrepender-se a qualquer momento, não se podendo cogitar de qualquer execução forçada para o cumprimento do objeto do consentimento dado anteriormente, o que não impede de ser responsabilizado civilmente pelos prejuízos eventualmente causados.

9 Considerações finais

Em virtude da dimensão do tema aqui explanado, muitas outras questões poderiam ter sido abordadas ou até mesmo aprofundadas, mas tornaria demasiadamente longo. Sendo assim, buscamos ressaltar os seus principais aspectos.

Dentre os princípios considerados como fundamento do Estado democrático de direito podemos destacar o princípio da dignidade da pessoa humana, que constitui, de acordo com as lições de Lucrecio Rebollo Delgado, “no sólo la garantía negativa de que la persona no va

a ser o objeto de ofensas ou humilhações, sino que entraria también la afirmación positiva de pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo”³⁰.

O direito de personalidade é uma consequência natural da adoção do princípio da dignidade da pessoa humana, gozando das características da *generalidade*, *extrapatrimonialidade*, *intransmissibilidade*, *irrenunciabilidade*, *imprescritibilidade*, *impenhorabilidade* e *vitaliciedade*.

Embora entendido como irrenunciável ou indisponível, essa característica não é absoluta, havendo possibilidade de exceções ditadas não somente pela lei como também pelos costumes, pelos valores sociais e morais existentes em uma determinada época.

Uma das facetas relativas ao direito de personalidade é, justamente, o *direito à intimidade*. Embora seja difícil delimitar o âmbito desse direito à intimidade, existe uma necessidade de se traçar limites entre o público e o privado. Ao longo dos anos, várias teorias surgiram com essa finalidade, podendo-se destacar as seguintes: a) teoria objetiva, também conhecida como teoria das esferas; b) teoria subjetiva; e c) teoria do mosaico.

A ofensa ao direito à intimidade poderá gerar sanções tanto de natureza civil, como penal, independentemente, em muitas situações, de efetivo dano à pessoa que teve a sua intimidade violada.

Embora entendida como um direito de personalidade, o direito à intimidade poderá ser considerado disponível, havendo necessidade, para tanto, do consentimento do titular desse direito.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1998.

³⁰ DELGADO, Lucrecio Rebollo. **Derechos fundamentales y protección de datos**, Op. Cit, p. 18.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BORJA JIMÉNEZ. **Diversidad Cultural: conflicto y derecho**. Valencia: Tirant lo Blanch. 2006.

_____. **Curso de política criminal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

_____. La concepción político-criminal de la Constitución española. In: **Presente y Futuro de la Constitución Española**. Facultad de Derecho de la Universitat de València. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. Considerações e reflexões sobre direito penal e política criminal. In: **Revista da Ajuris – Revista da Associação dos Juízes Federais do Rio Grande do Sul**. Ano XXXI. Nº 96. Porto Alegre. Dezembro de 2004.

CABONELL MATEU, Juan Carlos. **Derecho penal: concepto y principios constitucionales**. València: Tirant lo Blanch, 1999. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Coimbra Editora e Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHO, Pedro Armando Egydio de. O sistema penal e a dignidade humana. In: **Boletim IBCCRIM**. São Paulo. Nº 70/Ed. esp. Setembro de 1998.

CIOTOLA, Marcello. **Princípios gerais de direito e princípios constitucionais: Os princípios da constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Agressões à intimidade**. São Paulo: Malheiros, 1997.

DELGADO, Lucrecio Rebollo. **Derechos fundamentales y protección de datos**. Madrid: Dykinson, 2004.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. **Tratado Elemental de Derecho Constitucional**. Barcelona: Paidós, 1993.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Parte geral. Niterói: Impetus, 2011.

GUERRA, Gustavo Rabay. **Direito processual constitucional**. Recife: Nossa Livraria, 2005.

JAVIER MIRA, Javier. Función del derecho penal y forma de Estado. In: **Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz**. Vol. II. Institut de Criminologia. València: Universitat de València, 1997.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Olga Sánchez. **Los principios del derecho y la dogmática penal**. Madrid: Dykinson, 2004.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**. Parte General. Barcelona: Reppertor, 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**. Parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da constituição e os princípios fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992.

VIVES ANTÓN, Tomás; COBO DEL ROSAL, Manuel. **Derecho penal**. Parte general. València: Tirant lo Blanch, 1999.